

Hanseatisches Oberlandesgericht

Urteil vom 14. Juni 2012, 3 U 5/11

Tatbestand

I.

Die Parteien sind Wettbewerber bei der Herstellung und dem Vertrieb von Babynahrung. Sie streiten im Verfügungsverfahren um die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von zwei Angaben, mit denen die Antragsgegnerin für eine Babyfolgenahrung der Produktserie „Praebiotik® + Probiotik®“ wirbt.

Auf der Internetseite der Antragsgegnerin www.h....de findet sich in der Rubrik „Milchnahrung“ und in der Unterrubrik „Ratgeber“ die als Anlage A überreichte Darstellung „Praebiotika & Probiotika“, in der unter Bezugnahme auf eine aktuelle Studie und mittels einer Grafik erklärt wird, Magen-Darm-Probleme träten bei Kindern, die eine Folgenahrung mit Praebiotika und Probiotika erhalten, um 61 % verringert auf im Vergleich zu solchen Kindern, die eine Folgenahrung nur mit Praebiotika erhalten.

Die Antragsgegnerin hatte bereits am 1.6.2010 auf eine Abmahnung der Antragstellerin hin wegen eines anderen Werbemittels eine Unterlassungsverpflichtungserklärung abgegeben, in der sie sich verpflichtete, es zu unterlassen, „mit Angaben zu Magen-Darm-Infektionen für H. Folgemilch Plus Praebiotik® + Probiotik® zu werben oder werben zu lassen“.

Auf einer anderen Unterseite der Internetseite www.h....de, die als Anlage B vorgelegt wurde, findet sich unter der Rubrik „Produkte“ und neben den abgebildeten Produkten H. 2 Plus Folgemilch bzw. H. 3 Plus Folgemilch folgende Angabe:

„Probiotik®: mit natürlichen Milchsäurekulturen, die ursprünglich aus der Muttermilch gewonnen wurden. Muttermilch enthält eine Vielzahl probiotischer Kulturen, die individuell unterschiedlich sein können.“

Die von der Antragsgegnerin in ihrer Produktserie „Praebiotik® + Probiotik®“ eingesetzten Milchsäurekulturen werden aus der Muttermilch isoliert und dann mittels eines biochemischen bzw. biotechnologischen Verfahrens weitergezüchtet, wobei die genetische Struktur erhalten bleibt.

In einem von der Antragstellerin angestrebten Verfügungsverfahren vor dem Landgericht Hamburg (Az. 327 O 314/10) wurde der Antragsgegnerin mit Be-

schluss vom 3.6.2010 verboten, „Babynahrung der Produktserie „Praebiotik® + Probiotik®“ mit der Angabe „mit natürlichen Milchsäurekulturen, die ursprünglich aus der Muttermilch gewonnen wurden und abhängig von der Ernährungs- und Lebensweise in Muttermilch enthalten sein können“ zu vertreiben und/oder vertreiben zu lassen und/oder zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wie in Anlage AS 4“. Die Anlage AS 4 bezog sich auf eine Verpackung der Folgenahrung „Praebiotik® + Probiotik®“. Angegriffen wurde die Werbeaussage in dem dortigen Verfahren allerdings nicht wegen einer etwaigen Irreführung über die Natürlichkeit der enthaltenen Milchsäurekulturen.

Die Wortmarke „Probiotik“ DE 39 620 358 wurde am 2.5.1996 beim DMPA angemeldet und am 4.7.1996 für die Firma N... GmbH und für die Warenklassen 29, 30 und 32 eingetragen.

Die Antragstellerin mahnte die Antragsgegnerin wegen der streitgegenständlichen Aussagen mit Schreiben vom 27.8.2010 ab. Die Antragsgegnerin lehnte mit Schreiben vom 2.9.2010 die Abgabe einer Unterlassungsverpflichtungserklärung ab.

Die Antragstellerin hat hinsichtlich des Antrags zu 1) geltend gemacht, die Angabe über ein verringertes Auftreten von Magen-Darm-Problemen sei eine gem. § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB unzulässige krankheitsbezogene Angabe. Unter den Begriff der Krankheit fielen auch geringfügige Störungen der normalen Beschaffenheit oder der normalen Tätigkeit des Körpers wie z.B. Übelkeit oder Verdauungsbeschwerden. Der Begriff „Magen-Darm-Probleme“ werde als Synonym für verschiedene Magen-Darm-Erkrankungen verstanden und die Auslobung einer Reduktion von „Magen-Darm-Problemen“ als eine Reduktion von sämtlichen bei Kleinkindern auftretenden Magen-Darm-Problemen mit Krankheitswert wie auch z.B. Magen-Darm-Infektionen.

Darüber hinaus sei die Angabe auch als unzulässige gesundheitsbezogene Angabe im Sinne der Health-Claims-Verordnung anzusehen. Darauf, dass die angegriffene Aussage sich in der Rubrik „Ratgeber“ der Internetseite befinde, komme es nicht an, da der Verbraucher die Angabe ohne weiteres auf die Produkte der Antragsgegnerin beziehe.

Hinsichtlich des Antrags zu 2) hat die Antragstellerin vorgetragen, die Antragsgegnerin erwecke durch den Hinweis auf die „Natürlichkeit“ der Milchsäurekulturen den falschen Eindruck, bei der in ihren Folgemilchprodukten enthaltenen Zutat Probiotik® handele es sich um solche Milchsäurekulturen, die zum einen ursprünglich aus Muttermilch gewonnen worden seien und zum anderen auch in dieser ursprünglichen Ausgangsform bzw. in weitestgehend ursprünglicher

und allenfalls mit herkömmlichen Lebensmittelzubereitungsverfahren verarbeiteter Form in dem Produkt enthalten seien.

Auch suggeriere die Angabe den angesprochenen jungen Müttern, dass gerade die in den Produkten der Antragsgegnerin enthaltenen Milchsäurekulturen solche seien, die in repräsentativem Umfang bei einem relevanten Teil der Mütter in der Muttermilch vorkämen, obwohl dies tatsächlich nicht der Fall sei. Die Antragsgegnerin schüre damit die Angst der angesprochenen Mütter, gerade zu den Müttern zu gehören, bei denen diese Milchsäurekulturen nicht enthalten seien. Zudem würden die Mütter darüber getäuscht, dass diese Milchsäurekulturen in der gleichen Menge in der natürlichen Muttermilch wie in den beworbenen Produkten enthalten seien.

Darüber hinaus stelle der Hinweis „Probiotik®“ eine nicht zulässige gesundheitsbezogene Angabe dar. Kern der Werbekampagne der Antragsgegnerin sei ein vermeintlich ganz besonderer synergetischer gesundheitsfördernder Effekt, der sich vorgeblich gerade aus der Kombination von „Praebiotik®“ und „Probiotik®“ und deren Zusammenwirken ergeben solle. Die Antragsgegnerin lege der Verwendung der beiden Zutaten „Praebiotik®“ und „Probiotik®“ gerade in ihrer Kombination gesundheitsfördernde Wirkungen bei. Für die Verwendung der Probiotik® in Kombination mit Praebiotik® habe die Antragsgegnerin aber keinen Antrag auf Zulassung gem. Art. 14 HCV gestellt.

Die Antragsgegnerin dürfe diese Angabe auch nicht nach Art. 28 Abs. 2 HCV übergangsweise verwenden, da die frühere Markeninhaberin die Angaben nicht vor dem 1.1.2005 für Folgenahrung von Säuglingen verwendet habe. Die Übergangsvorschrift des Art. 28 Abs. 2 HCV sei produktbezogen zu verstehen.

Die Antragstellerin hat, nachdem sie den Antrag zu 1) in der mündlichen Verhandlung vom 28.9.2010 auf die konkrete Verletzungsform beschränkt hat, den Erlass einer einstweiligen Verfügung mit folgendem Tenor beantragt:

Der Antragsgegnerin wird bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250.000,00 EUR, Ordnungshaft höchstens zwei Jahre) verboten,

1. Folgenahrung der Produktserie“ Praebiotik® + Probiotik®“

mit Angaben über ein verringertes Auftreten von Magen-Darm-Problemen zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wie in Anlage A geschehen

und/oder

2. mit der Angabe „Probiotik®: mit natürlichen Milchsäurekulturen, die ursprünglich aus der Muttermilch gewonnen wurden. Muttermilch enthält eine Vielzahl probiotischer Kulturen, die individuell unterschiedlich sein können.“ zu vertreiben und/oder vertreiben zu lassen und/oder zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wie dies in Anlage B geschieht.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Verfügungsantrag der Antragstellerin vom 9.9.2010 kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin hat hinsichtlich des Antrags zu 1) geltend gemacht, es liege bei dieser Angabe kein Zusammenhang mit einer Werbung für ein Lebensmittel vor, da sie sich auf dem streng von der Rubrik „Produkte“ getrennten Ratgeberteil der Internetseite befinde, der auch nicht mit der Rubrik „Produkte“ verlinkt sei. Es handele sich hierbei um ein Portal, welches ausschließlich allgemeine Informationen behandle. Die Aussagen bezögen sich daher gerade nicht auf ein Produkt der Antragsgegnerin, sondern allgemein auf bestimmte Inhaltsstoffe von Muttermilch, nämlich Probiotika und Praebiotika.

Hinsichtlich des Antrags zu 2) fehle es schon an der Dringlichkeit, da die Antragstellerin die Werbeaussage hinsichtlich der natürlichen Milchsäurekulturen, die ursprünglich aus Muttermilch gewonnen wurden, bereits zum Gegenstand des einstweiligen Verfügungsverfahrens vor dem Landgericht Hamburg (Az. 327 O 314/10) gemacht habe. Unerheblich sei dabei, dass sie in diesem Verfahren die Aussage mit einer anderen Begründung angegriffen habe.

Im Übrigen verstehe ein verständiger Verbraucher die Angabe „natürliche Milchsäurekultur“ ausschließlich dahingehend, dass die Kulturen in genau dieser biochemischen Struktur und Form und ohne eine genetische Veränderung erfahren zu haben, in der Muttermilch vorkämen und von dort stammten. Auf welche Art und Weise die Kulturen nach der Gewinnung aus der Muttermilch gezüchtet würden sei ohne Belang, solange die ursprünglich isolierten Kulturen in ihrer genetischen Zusammensetzung nicht verändert oder manipuliert würden. Um eine solche schlichte Weiterzucht handele es sich aber vorliegend.

Die Werbeaussage enthalte im Übrigen keine Wertigkeitsaussage dahingehend, dass es unterschiedliche Qualitäten von Milchsäurekulturen gebe oder dass die verwendeten Milchsäurekulturen die statistisch häufigsten und damit auch Besten seien. Auch eine Aussage zur Menge der verwendeten Milchsäurekulturen könne hieraus nicht hergeleitet werden.

Probiotik® sei keine gesundheitsbezogene Angabe. Zum einen enthalte die angegriffene Werbeaussage ausschließlich den Begriff „Probiotik®“ und beschäftige sich nicht mit der Kombination von Praebiotik® und Probiotik®. Der weitere Kontext der Internetseite müsse außer Betracht bleiben. Zudem erschöpfe sich der Inhalt der Aussage darin, darauf hinzuweisen, dass bestimmte Milchsäurekulturen in dem jeweiligen Produkt enthalten seien und dass das Produkt aufgrund des probiotischen Inhalts mit der Marke „Probiotik®“ bezeichnet sei.

Auch dürfe die Marke „Probiotik®“ nach Art. 28 Abs. 2 HCVO von der Antragsgegnerin übergangsweise verwendet werden. Die frühere alleinige Markeninhaberin der deutschen Marken „Probiotik“ und „Praebiotik“, die Firma N... GmbH, habe die Marken bereits vor dem 1.1.2005 produktbezogen verwendet und tue dies seitdem durchgehend bis heute.

Das Landgericht Hamburg, Kammer 7 für Handelssachen, hat mit Urteil vom 28.9.2010 (Az. 407 O 133/10) den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Auf das Urteil des Landgerichts wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

Hiergegen richtet sich die Antragstellerin mit ihrer rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung.

Die Antragstellerin wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Ergänzend trägt sie vor:

Bei der Aussage hinsichtlich der „Magen-Darm-Probleme“ handele es sich um Produktwerbung. Die Rubriken „Ratgeber“ und „Produkte“ stünden auf der Internetseite in einem direkten Zusammenhang. Der Verbraucher, der sich die Internetseite anschau, verstehe den Ratgeber nicht als kontextlosen Hinweis auf bestimmte Inhaltsstoffe von Muttermilch, sondern als zusätzliche Anpreisung der Produktserie „Praebiotik®“ und „Probiotik®“. Der Verbraucher verstehe auch den Hinweis auf „Magen-Darm-Probleme“ nicht dahingehend, dass von einer besseren Bekömmlichkeit die Rede sei. Vielmehr werde diese Formulierung als Oberbegriff für Varianten auch von Magen-Darm-Erkrankungen verstanden.

Hilfsweise macht die Antragstellerin in der Berufungsinstanz geltend, die Antragsgegnerin verstoße auch gegen den am 1.6.2010 geschlossenen Unterlassungsvertrag, indem sie mit einem verringerten Auftreten von Magen-Darm-Problemen gemäß Anlage A werbe.

Hinsichtlich des Antrags zu 2) verstoße die Werbeaussage gegen das Regelbeispiel des Irreführungsverbots nach § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 LFGB, da der Ver-

braucher zum einen über die Begriffsverwendung der „Natürlichkeit“ getäuscht werde und zum anderen Fehlvorstellungen über das Vorkommen von Milchsäurekulturen in der Muttermilch hervorgerufen würden. Auch stelle „Probiotik®“ eine gesundheitsbezogene Angabe dar. Die Antragsgegnerin könne sich insoweit nicht auf Art. 28 Abs. 2 HCV berufen. Um von dieser Übergangsvorschrift Gebrauch machen zu können, müsse die Markenverwendung bezogen auf die jeweiligen Produkte stattgefunden haben. Eine Verwendung von für Säuglinge bestimmte Folgemilch habe die Antragsgegnerin jedoch nicht dargetan.

Die Antragstellerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Hamburg vom 28. September 2010 wird der Antragsgegnerin bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250.000,00 EUR, Ordnungshaft höchstens zwei Jahre) verboten,

1. Folgenahrung der Produktserie“ Praebiotik® + Probiotik®“

mit Angaben über ein verringertes Auftreten von Magen-Darm-Problemen zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wie in Anlage A geschehen,

und/oder

2. mit der Angabe „Probiotik®: mit natürlichen Milchsäurekulturen, die ursprünglich aus der Muttermilch gewonnen wurden. Muttermilch enthält eine Vielzahl probiotischer Kulturen, die individuell unterschiedlich sein können.“ zu vertreiben und/oder vertreiben zu lassen und/oder zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wenn dies wie in Anlage B geschieht.

Die Antragsgegnerin beantragt, wie folgt zu erkennen:

Die Berufung der Antragstellerin vom 7.1.2011 gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 28.9.2010 (Az. 407 O 133/10) wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Ergänzend trägt sie vor, mit dem Hinweis auf die Verringerung von Magen-Darm-Problemen werde eine Verbesserung der Befindlichkeit beschrieben, nicht jedoch ein Einsatz gegen Krankheiten. Die beanstandete Grafik befinde sich zudem eindeutig in dem nicht produktbezogenen Bereich der Internetseite. Mangels Verlinkung liege auch kein indirekter Produktbezug vor. Ein Ver-

braucher könne die Ratgeber-Seite auch zu reinen Informationszwecken nutzen, ohne hierdurch auf bestimmte Produkte der Antragsgegnerin hingewiesen zu werden.

Die verwendeten Milchsäurekulturen dürften als natürlich bezeichnet werden, da sie aus Muttermilch isoliert und lediglich weitergezüchtet, nicht jedoch auf künstlichem oder chemischem Wege hergestellt würden. Im Übrigen fehle es hinsichtlich des Aussageteils der „natürlichen Milchsäurekulturen“ im Hinblick auf das Verfahren vor dem Landgericht Hamburg 327 O 314/10 auch an der Dringlichkeit. Eine Täuschung im Hinblick auf die Qualität und Menge von in Muttermilch vorhandenen Milchsäurekulturen finde nicht statt. Die Antragsgegnerin könne sich hinsichtlich der Aussage „Probiotik®“ auch auf Art. 28 Abs. 2 HCVO berufen, da es sich bei den von der Antragsgegnerin vertriebenen Babynahrungsprodukten um Milchpulver zu Nahrungszwecken handele, für das die Marke „Probiotik“ seit 1996 eingetragen sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die angefochtene Entscheidung sowie die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

II.

Die zulässige Berufung der Antragstellerin ist begründet. Die einstweilige Verfügung ist zu erlassen. Im zuerkannten Umfang stehen der Antragstellerin Unterlassungsansprüche gegen die Antragsgegnerin zu.

1. Antrag zu 1.

Die Antragstellerin kann hinsichtlich des Antrags zu 1. mit Erfolg Unterlassung verlangen.

a) Gegenstand des Verfügungsantrags ist die im Antrag angeführte Angabe, wie sie im Kontext der konkreten Verletzungsform Anlage A erscheint.

b) Ein Verfügungsgrund ist gegeben. Die Dringlichkeit wird nach § 12 Abs. 2 UWG vermutet.

c) Auch ein Verfügungsanspruch ist gegeben. Der Antragstellerin steht ein Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 8, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB zu, denn die angegriffene Angabe verstößt gegen das Verbot krankheitsbezogener Werbung.

aa) § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB ist vorliegend anwendbar. Zwar regelt auch Art. 14 Abs. 1 der Health-Claims-Verordnung EGV 1924/2006 (im Folgenden: HCV) die Zulässigkeit von Angaben über die Verringerung eines Krankheitsrisikos. § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB und die HCV sind jedoch grundsätzlich nebeneinander anwendbar (vgl. Wehlau, LFGB, 2010, Rn. 14 zu § 12 LFGB; Meisterernst/Haber, Praxiskommentar Health & Nutrition Claims, Art. 14 Rz. 2). § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB setzt die Richtlinie 2000/13/EG um. Nach Art. 2 Absatz 1 lit. b) der Richtlinie 2000/13/EG darf die Etikettierung und die Art und Weise, in der sie erfolgt, einem Lebensmittel - vorbehaltlich der Gemeinschaftsvorschriften über natürliche Mineralwässer und über Lebensmittel - keine Eigenschaften der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit zuschreiben oder den Eindruck dieser Eigenschaften entstehen lassen. Dieses Verbot gilt gemäß Art. 2 Abs. 3 lit. b) der Verordnung und nach § 12 Abs. 1 LFGB auch für die Werbung gegenüber dem Publikum. Dass gerade jenes Verbot auch neben den Vorschriften der HCV Geltung hat, macht Art. 14 Abs. 1 HCV deutlich, wonach Angaben über die Verringerung eines Krankheitsrisikos unter den dort angeführten bestimmten Voraussetzungen gemacht werden dürfen, dies aber "ungeachtet des Artikels 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie". Das führt dazu, dass die in Umsetzung der Richtlinie 2000/13/EG bestehende Vorschrift des § 12 Abs. 1 Ziff. 1 LFGB anwendbar ist, solange nicht eine nach Art. 14 HCV zugelassene krankheitsbezogene Angabe vorliegt (Wehlau, aaO). Eine entsprechende Regelung enthält § 12 Abs. 3 LFGB. Dass die Antragsgegnerin über eine solche Zulassung verfügt, hat sie aber selber nicht behauptet.

Anders wäre es nur, wenn man annähme, dass es dann, wenn Angaben über die Verringerung eines Krankheitsrisikos nach Art. 14 HCV nicht zugleich auch solche über die Eignung eines Lebensmittels zur Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit nach Art. 2 Absatz 1 lit. b) der Richtlinie 2000/13/EG sein können, letztere also von dem Anwendungsbereich der HCV und erstere vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/13/EG, mithin auch des § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB von vornherein ausgenommen wären (vgl. Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, C 111, Art. 14, Rn. 51 f.; Meisterernst, WRP 2008, 596 (597)). Dem vermag der Senat indes nicht zu folgen. Eine Werbung mit Angaben über die Verringerung eines Krankheitsrisikos (Art. 14 HCV) stellt sich zugleich als eine krankheitsbezogene Werbung im Sinne des § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB dar. Indem die angegriffene Aussage ein verringertes Auftreten dieser Erkrankungen erfasst, bezieht sie sich auch auf eine Eignung zur Vorbeugung einer menschlichen Krankheit i.S. des Art. 2 Absatz 1 lit. b) der Richtlinie 2000/13/EG bzw. auf die Verhütung von Krankheiten i.S. von § 12 Abs. 1 Nr. 1 LFGB. Aufgrund der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung von § 12 LFGB sind unter der Verhütung von Krankheiten auch solche vorbeugenden Maß-

nahmen zu verstehen, die den Nichteintritt einer Krankheit lediglich ermöglichen, aber nicht zwingend herbeiführen (vgl. Wehlau, a.a.O., § 12 Rz. 29).

bb) Bei der angegriffenen Aussage handelt es sich um eine solche, die sich im Sinne von § 12 Abs. 1 LFGB auf die Beseitigung, Linderung oder Verhütung von Krankheiten bezieht. Der Begriff der „Magen-Darm-Probleme“ umfasst zumindest auch Magen-Darm-Erkrankungen.

Eine Aussage ist krankheitsbezogen, wenn sie dem angesprochenen Verbraucher direkt oder indirekt suggeriert, das Lebensmittel, für das geworben wird, könne zur Beseitigung, Linderung oder Verhütung der angesprochenen Krankheit beitragen.

Allgemein wird unter Krankheit jede auch nur geringfügige oder vorübergehende Störung des gesundheitlichen Wohlbefindens und der normalen Funktion des Körpers verstanden, in Abgrenzung zu den gewöhnlichen Änderungen oder Schwankungen der Leistungsfähigkeit des Menschen, die noch keinen Krankheitswert haben (Urteil des Senats vom 31.5.2001, 3 U 13/01, MD 2001, 1243, Tz. 37 m.w.N. - Pflanzliche Östrogene). Das Verbot des § 12 Abs. 1 LFGB setzt nicht voraus, dass die Werbeaussage eine konkrete Krankheit benennt. Vielmehr ist es ausreichend, wenn durch die Aussage indirekt auf bestimmte Krankheiten hingewiesen wird (Wehlau, LFGB, §12 Rz. 34 f.). Ein solch indirekter Bezug ist gegeben.

Die angegriffene Aussage ist danach nicht nur als Hinweis auf eine bessere Verträglichkeit der Folgenahrung mit Probiotika und Präbiotika zu verstehen. Vielmehr entnimmt der angesprochene Durchschnittsverbraucher der Aussage, dass bei Folgenahrung mit Präbiotika und Probiotika zumindest teilweise auch Magen-Darm-Beschwerden mit Krankheitswert verringert auftreten. Soweit der Begriff der „Magen-Darm-Probleme“ insoweit mehrdeutig ist, muss die Antragstellerin eine ungünstigere, aber verständigerweise mögliche Auslegung gegen sich gelten lassen. Dies gilt auch bei unbewusster Mehrdeutigkeit (BGH, Urteil vom 21.02.1991, I ZR 106/89, GRUR 1992, 66 - Königl. - Bayerische Weisse; HansOLG, Urteil vom 25.6.2008, 5 U 13/07, MMR 2008, 743 - Unzulässige Werbung mit „Keine Grundgebühr“; Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Auflage 2012, § 5 Rz. 2.111a m.w.N.). Danach muss sich die Antragstellerin daran festhalten lassen, dass „Magen-Darm-Probleme“ zumindest auch Magen-Darm-Erkrankungen wie beispielsweise Magen-Darm-Infektionen oder Durchfall mit umfassen.

cc) Die angegriffene Angabe über ein verringertes Auftreten von Magen-Darm-Problemen erfolgt auch produktbezogen.

Isoliert betrachtet handelt es sich bei der angegriffenen Aussage zwar lediglich um eine Sachinformation über die Vorteile von Folgenahrung, die sowohl Praebiotika als auch Probiotika enthält. Diese ist jedoch in einen werblichen Zusammenhang eingebettet, der dem Durchschnittsverbraucher nahelegt, dass sich diese Vorteile auf die Produktserie der Antragsgegnerin „Praebiotik® + Probiotik®“ beziehen.

Zwar findet sich die Aussage auf der Internetseite www.h....de unter einer Unterrubrik „Ratgeber“. Auch befinden sich auf der Unterseite, auf der sich die Aussage befindet, keine Links zu den Produkten der Antragsgegnerin. Die Rubriken „Ratgeber“ und „Produkte“ stehen jedoch in einem direkten Zusammenhang. Es handelt sich bei ihnen einerseits jeweils um Unterpunkte der Rubrik „Milchnahrung“. Der Durchschnittsverbraucher, der die streitgegenständliche Seite, deren Informationen anhand von sogenannten Reitern, die jeweils verlinkt sind, geordnet sind, betrachtet, sieht andererseits in der Leiste direkt neben dem Reiter „Ratgeber“ den Reiter „Produkte“. Die Aussage selber findet sich unter der Überschrift „Aktuelle Studie zur einzigartigen Kombination aus Probiotika und Praebiotika“. Es wird dabei dargelegt, dass eine Studie durchgeführt worden sei, bei der Kinder ab dem 6. Lebensmonat eine Folgenahrung mit Probiotika und Praebiotika erhalten hätten. Die angeführte Studie vergleicht dabei Folgenahrung mit Probiotika und Praebiotika mit Folgenahrung, die nur Praebiotika enthält. Die Studie bezieht sich somit gerade nicht auf die Eigenschaften von Muttermilch und informiert über diese, sondern es werden vielmehr Folgenahrungen miteinander verglichen und die Vorteile von Folgenahrungsprodukten, die über Probiotika und Praebiotika verfügen, hervorgehoben. Der Durchschnittsverbraucher versteht die Aussage damit nicht nur als Sachinformation und Hinweis auf bestimmte Inhaltsstoffe und Eigenschaften der Muttermilch. Die Darstellung der Studienergebnisse stellt daher angesichts des für den Durchschnittsverbraucher deutlichen Vorhandenseins auch der Rubrik „Produkte“ einen klaren Zusammenhang zwischen den als positiv herausgestellten Bestandteilen von Folgenahrung einerseits und der Produktpalette der Antragsgegnerin und insbesondere der Produktserie „Praebiotik® + Probiotik®“ andererseits her. Diese enthält im Übrigen auch bereits im Namen eine Bezugnahme auf die streitgegenständliche Werbeaussage.

cc) Bei der Regelung des § 12 Abs. 1 LFGB handelt es sich auch um eine das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer regelnde Vorschrift im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG. Ihre Verletzung ist geeignet, die Interessen von Mitbewerbern und Verbrauchern im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen (Köhler in Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 4 Rz. 11.136).

b) Darüber hinaus steht der Antragstellerin hinsichtlich des Antrags zu 1) auch ein Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 8, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 HCV zu. Nach Art. 10 Abs. 1 HCV sind gesundheitsbezogene Angaben verboten, sofern sie nicht den allgemeinen Anforderungen in Kapitel II der HCV (Art. 3 bis 7) und den speziellen Anforderungen des Kapitels IV der HCV (Art. 10 bis 19) entsprechen, gemäß der HCV zugelassen und in die Liste der zugelassenen Angaben gemäß den Artikeln 13 und 14 aufgenommen sind.

Bei der angegriffenen Angabe handelt es sich, da sie sich auf die Verringerung eines Krankheitsrisikos bezieht, um eine Angabe nach Art. 14 HCV, für die - wie ausgeführt - keine Zulassung nach der HCV besteht. Übergangsvorschriften bestehen für derartige Angaben nicht, wie sich im Umkehrschluss aus Art. 28 Abs. 6 HCV ergibt.

Bei den Regelungen der HCV handelt es sich ebenfalls um das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer regelnde Vorschriften im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG, deren Verletzung geeignet ist, die Interessen von Mitbewerbern und Verbrauchern im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen (BGH, Vorlagebeschluss vom 13.1.2011, I ZR 22/09, GRUR 2011, 246, Tz. 13 - Gurktaler Kräuterlikör; Köhler in Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 4 Rz. 11.137a).

2. Antrag zu 2.

a) Gegenstand des Antrags ist die durch Anlage B charakterisierte konkrete Verletzungsform mit der im Antrag wiedergegebenen Werbeangabe.

b) Auch hinsichtlich des Antrags zu 2. wird die Dringlichkeit gem. § 12 Abs. 2 UWG vermutet.

Allerdings ist es zweifelhaft, ob wegen der Beanstandung der Angaben „Mit natürlichen Milchsäurekulturen, die ursprünglich aus der Muttermilch gewonnen werden“ und „Probiotik®“ die Dringlichkeitsvermutung greift.

Die Vermutung der Dringlichkeit gemäß § 12 Abs. 2 UWG ist nämlich widerlegt, wenn der Verletzte das als rechtswidrig beanstandete Verhalten in Kenntnis der maßgeblichen Umstände längere Zeit hingenommen hat, so dass aus seinem Abwarten geschlossen werden kann, ihm sei die Angelegenheit nicht eilig. Maßgebend sind dabei die Umstände des Einzelfalls (Urteil des Senats vom 14.03.1996, 3 U 28/96, WRP 1996, 774 - Warengutschein; Urteil des Senats vom 10. 4. 2008, 3 U 78/07, GRUR-RR 2008, 366, 367- Simplify your Production). Die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG entfällt dabei auch, wenn eine im Hinblick auf den Irreführungsvorwurf kerngleiche frühere Wer-

bung unbeanstandet hingenommen wurde (Urteil des Senats vom 16.12.2010, 3 U 161/09, MD 2011, 222 – „Thromboseprophylaxe der Extraklasse“; Beschluss des Senats vom 25.7.2007, 3 U 66/07, OLGR Hamburg 2009, 784; OLG Köln, Urteil vom 10.12.2010, 6 U 112/10, MD 2011, 266 – Konsumententest; OLG München, Urteil vom 23.3.2006, 29 U 5108/05, MD 2006, 916; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 12 UWG, Rn 3.19). Das könnte hier der Fall sein.

Die Bezeichnung „Probiotik®“ ist von der Antragsgegnerin unstreitig bereits seit längerer Zeit verwendet worden und war beispielsweise auch Bestandteil der Werbung, die in dem Verfahren vor dem Senat zum Az. 3 U 160/10 angegriffen wurde. Die Werbeaussage „Mit natürlichen Milchsäurekulturen, die ursprünglich aus der Muttermilch gewonnen werden“ war Bestandteil einer Werbeaussage, die die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin beanstandet hatte und die der Antragsgegnerin mit Beschluss vom 3.6.2010 in dem Verfahren vor dem Landgericht Hamburg Az. 327 O 313/09 verboten wurde.

Ob es sich bei diesen früheren Angaben um mit den vorliegend streitigen Angaben kerngleiche Werbeaussagen handelte, kann jedoch dahinstehen, denn jedenfalls die Angabe „Probiotik®“ weist im Rahmen der nach dem Antrag auch als solche angegriffenen Werbeangabe in ihrer Gesamtheit einen von der isolierten Angabe „Probiotik®“ verschiedenen Informationsgehalt auf, bezogen auf den die Dringlichkeitsvermutung nicht widerlegt ist und der eine nach Art. 10 Abs. 1 HCV verbotene gesundheitsbezogene Angabe erkennen lässt (dazu unten c).

Es kann deshalb offen bleiben, ob hinsichtlich des Antrags zu 2. und der Teilangabe „Mit natürlichen Milchsäurekulturen, die ursprünglich aus der Muttermilch gewonnen werden“ auch ein Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 8, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 11 Abs. 2 Nr. 1 LFGB unter Irreführungsgesichtspunkten besteht.

c) Der Antragstellerin steht nämlich jedenfalls ein Unterlassungsanspruch gem. §§ 3, 8, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 HCV zu, weil die angegriffene Werbeaussage schon wegen ihres Bestandteils "Probiotik®: mit natürlichen Milchsäurekulturen, die ursprünglich aus der Muttermilch gewonnen werden“ gegen das grundsätzliche Verbot gesundheitsbezogener Angaben gem. Art. 10 Abs. 1 HCV verstößt.

aa) Nach Art. 10 Abs. 1 HCV sind gesundheitsbezogene Angaben verboten, sofern sie nicht den allgemeinen Anforderungen in Kapitel II der HCV (Art. 3 bis 7) und den speziellen Anforderungen des Kapitels IV der HCV (Art. 10 bis 19) ent-

sprechen, gemäß der HCV zugelassen und in die Liste der zugelassenen Angaben gemäß den Artikeln 13 und 14 aufgenommen sind (BGH GRUR 2011, 246 Rn. 6 - Gurktaler Kräuterlikör; Meistererst/Haber, Praxiskomm. Health & Nutrition Claims Art. 10 Rn. 4 f.).

“Angabe“ im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 HCV ist jede Aussage oder Darstellung - ausgenommen solche obligatorischen Charakters - einschließlich Darstellungen durch Bilder, grafische Elemente oder Symbole in jeder Form, mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Lebensmittel besondere Eigenschaften besitzt. Hieran knüpft die Definition in Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 HCV an, wonach „gesundheitsbezogene Angabe“ jede Angabe ist, mit der erklärt, suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Zusammenhang zwischen einem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile einerseits und der Gesundheit andererseits besteht. Wie dieser Zusammenhang beschaffen sein muss, ergibt sich aus den Beispielen des Art. 13 Abs. 1 lit. a bis c und des Art. 14 Abs. 1 lit. a HCV, d.h. es muss ein qualifizierter Funktionszusammenhang zwischen der Gesundheit einerseits und dem in Bezug genommenen Lebensmittel oder Bestandteil des Lebensmittels andererseits bestehen (BGH, Vorlagebeschluss vom 13.1.2011, I ZR 22/09, GRUR 2011, 246 - Gurktaler Kräuterlikör; OLG Stuttgart, Urteil vom 3.2.2011, 2 U 61/10, ZLR 2011, 352 - So wichtig wie das tägliche Glas Milch; Meistererst in Meistererst/Haber, a.a.O., Art. 2 Rz. 28; zustimmend auch Hagenmeyer, WRP 2012, 414). Ausreichend ist es dabei, wenn dieser Zusammenhang suggeriert oder auch nur mittelbar zum Ausdruck gebracht wird (BGH, Vorlagebeschluss vom 13.1.2011, I ZR 22/09, GRUR 2011, 246 - Gurktaler Kräuterlikör).

Abzugrenzen sind gesundheitsbezogene Angaben - abgesehen von den ebenfalls der HCV unterfallenden Nährwertangaben - von solchen Angaben, die sich lediglich auf die objektive Beschaffenheit des Produkts beziehen. Hierbei handelt es sich um solche Angaben, mit denen nicht besondere positive Eigenschaften des betreffenden Lebensmittels herausgestellt werden sollen, sondern nur objektive Informationen über die Produktbeschaffenheit oder -eigenschaften vermittelt werden (Meistererst WRP 2010, 481, 484).

bb) Im Streitfall kann offen bleiben, ob die Bezeichnung „Probiotik®“ bei isolierter Verwendung schon eine gesundheitsbezogene Angabe darstellt. Hierfür könnte sprechen, dass die „Guidance on the Implementation of Regulation Nr. 1923/2006“ der Kommission vom 14.12.2007 die Aussage „Contains probiotics“ als Beispielfall für eine gesundheitsbezogene Angabe nennen. Jedenfalls die Teilangabe „Probiotik®: mit natürlichen Milchsäurekulturen, die ursprünglich aus der Muttermilch gewonnen werden“ ist aber in ihrer Gänze auch innerhalb der konkreten Verletzungsform gemäß der Anlage B gesundheitsbezogen.

Abzustellen ist im Rahmen der HCV nach dem Erwägungsgrund 15 auf die Sicht des normal informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers. Für diesen stellt sich die Nennung des Begriffs „Probiotik®“, der so dann mit dem Vorhandensein von natürlichen Milchsäurekulturen erläutert wird, die ursprünglich aus der Muttermilch gewonnen werden, nicht nur als objektive Information dar, sondern als die Hervorhebung einer positiven Produkteigenschaft. Da dem angesprochenen Durchschnittsverbraucher bekannt ist, dass der Muttermilch besondere gesundheitsfördernde Eigenschaften zugesprochen werden, ergibt sich für ihn nämlich jedenfalls aus der Verbindung des Begriffs „Probiotik®“ mit der Nennung von Bestandteilen der Muttermilch, dass die der Muttermilch zugesprochenen positiven Wirkungen auf die Gesundheit zumindest teilweise auch dem angepriesenen Produkt zukommen sollen. Hieraus ergibt sich für ihn auch der erforderliche Funktionszusammenhang zwischen der Gesundheit einerseits und dem in Bezug genommenen Bestandteil des Lebensmittels „Probiotik®“ andererseits.

Eine Aufnahme dieser Teilangabe in die Liste nach Art. 13 Abs. 3 HCV ist - darin stimmen die Parteien überein - nicht erfolgt.

cc) Die Voraussetzungen der Übergangsregelung des Art. 28 Abs. 2 HCV, die das Inverkehrbringen von Produkten mit bereits vor dem 1.1.2005 bestehenden, der HCV nicht entsprechenden Handelsmarken oder Produktnamen bis zum 19.1.2022 gestattet, liegen ebenfalls nicht vor. Auch hierbei kann offenbleiben, ob hinsichtlich der in der Angabe „Probiotik®: mit natürlichen Milchsäurekulturen, die ursprünglich aus der Muttermilch gewonnen werden“ enthaltenen Teilangabe „Probiotik®“ bei isolierter Verwendung eine produktbezogene Verwendung der am 4.7.1996 eingetragenen Marke „Probiotik“ erforderlich wäre. Denn eine etwaige Legalisierungswirkung des Art. 28 Abs. 2 HCV könnte sich allenfalls auf diese Bezeichnung, nicht jedoch auf den - außerhalb der Marke befindlichen - Zusatz „mit natürlichen Milchsäurekulturen, die ursprünglich aus der Muttermilch gewonnen werden“, beziehen.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO.